

Práxis Jurídica: Filisteísmo, Prudência e Razoabilidade

Atahualpa Fernandez - atahualpaf@yahoo.es

O direito, como estratégia sócio-adaptativa (isto é, como artefato normativo-institucional destinado a resolver problemas adaptativos relacionados com nossa complicada vida comunitária)¹ e instrumento manufaturado para influenciar e regular o comportamento humano no domínio sócio-cultural, verte-se também – e fundamentalmente – para um sentido de garantia de previsibilidade e segurança no tráfego dos vínculos sociais relacionais fixados no contexto dos grupos e dos indivíduos, como destinatários naturais das normas que a si mesmos se põem e pelas quais iluminam e fundamentam a solidariedade de sua convivência ética na sociedade – que outra coisa não é, nem outro objetivo se propõe o direito.

A atuação do operador jurídico (e nomeadamente do juiz), dizendo o direito *in concreto*, consiste em tratar de alcançar um estado de coisas que se aproxime das expectativas culturais e das intuições e emoções morais (jurídico sociais de validade e de legitimidade substancial) de uma comunidade de indivíduos ante a qual seu discurso deve apresentar-se justificado, traduzindo e compondo em fórmulas sócio-adaptativas de ordenada convivência a instintiva e mesmo compartilhada aspiração de justiça que nos move para o futuro. Ele (o operador do direito) deixou de ter apenas uma função técnico-metodológica para assumir e desempenhar uma verdadeira função transformadora e axiológica enquanto mediador na comunidade e para a comunidade da idéia de Direito e da Justiça que o fundamenta. Em poucas palavras, ele passa a ser o sujeito qualificado daquele ato em que o direito terá de ser atuado eticamente para ser direito justo².

Tal tarefa se perfaz na flexibilidade cognitiva (axiológica e fática) do processo interpretativo das normas e do caso concreto, como resultado de uma peculiar racionalidade plasmada no diálogo e na compreensão intersubjetiva dos conceitos e termos fixados na norma positiva escrita, e, *ultima ratio*, na realidade “viva”, a que aderem, como notas valorativas, os princípios e as regras de tutela dominantes⁴.

A inserção da atividade interpretativa, formando e conformando o sistema jurídico, repousa no caráter visceralmente artesanal da produção do provimento judicial, cuja característica principal radica no fato de que a aplicação deixa de ser vista como uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão e passa a ser concebida como um elemento essencial que a determina desde o seu princípio e no seu conjunto (Gadamer, 1997).

E da particular consideração da tarefa interpretativa, em seu aspecto metodológico, como uma atividade “*simultânea*” à aplicação do direito – no sentido de considerar a interpretação/aplicação do direito como operações que não operam autonomamente e, por conseguinte, de que o resultado da tarefa de realização do direito decorre de um contínuo “ir e vir” do fato ao direito e do direito ao fato, que condiciona tanto a reconstrução jurídica do fato como a constituição da norma a ser aplicada ao caso concreto – resulta constituir também ela e a sua especial forma de atuação, um importante dado a ser considerado na apreensão de métodos criteriosos que resolvam o problema da passagem da iniludível e provisória antecipação do resultado (da pré-compreensão)⁵ a sua definitiva motivação – quero dizer, que funcionem como mecanismos fiáveis e eficazes de controle e garantia da racionalidade da atividade decisória judicial.

Com efeito, neste manufaturar da norma judicial (da decisão) importa para o juiz, como agente mediador e no exercício de seu papel conformador ativo, o discernimento preciso dos múltiplos ângulos comprometidos com a controvérsia. A sua atuação conformadora (produtora, constitutiva) e reguladora, fixando a movimentação dos valores, dos princípios, das normas e dos fatos, tem como principal objetivo a liberação de constrições informativas pertinentes ao caso (isto é, da escassez de conhecimento fiável sobre as circunstâncias do caso decidendo) e a adequada articulação dos vínculos jurídicos relacionais nele (no caso) envolvidos, com vistas a produção de

um resultado de justo acerto no que diz respeito à garantia da plena cidadania. Por meio desse resultado, fundamentando argumentativamente (com validade intersubjetiva e potencial capacidade de consenso) o que já havia adiantado como resultado “provisional” de sua criativa atividade (“espiral” ou “círculo hermenêutico”), a ordem jurídica se realiza como sistema completo e aberto e, com ela, a certeza, o conteúdo substancial e a segurança dos princípios, valores e regras de tutela nela inseridos.

Daí que a questão da interpretação jurídica volta a estar no centro da teoria jurídica. E parece possível discriminar, de uma maneira geral, as razões desse fenômeno. Uma delas reside no caráter genérico e altamente indeterminado que se reconhece às normas jurídicas (regras e princípios) que necessitam concreção para tornar-se direito efetivamente operativo e, portanto, incompatíveis com uma leitura e aplicação unívoca. A outra razão deriva da peculiaridade que têm as normas jurídicas no sentido de que trazem sempre implícita uma iniludível presença de critérios não-lógicos e de fatores que introduzem elementos de irracionalidade (valores, ideologias, prejuízos, etc.) que se invocam com uma alta carga emotiva e que, por essa razão, exigem uma tarefa que pode considerar-se propriamente como construtiva, criativa em certa medida, embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o julgador.

À diferença das teorias tradicionais acerca da interpretação jurídica, portanto, hoje se reconhece e se inclui como fator determinante do discurso prático normativo a importância dos elementos valorativos e dos resíduos de irracionalidade no constitutivo procedimento de individualização do direito. Seu ponto fundamental consiste precisamente em reconstruir o procedimento através do qual o sujeito-intérprete chega a fazer viver a norma em relação com a vida, isto é, para fundamentar de tal modo, racionalmente, o âmbito prático da decisão materialmente justa.

A interpretação apresenta sempre uma maior complexidade que a pretensa virtude taumatúrgica do legislador da irreduzível claridade de sua obra, do dogma da racionalidade imanente da norma, da identificação do direito com a lei (concebida por sua vez como expressão da vontade geral) e da doutrina da separação de poderes. Ela deixa de ser um pressuposto e indiscutido algoritmo metódico ou uma técnica a que normalmente se pode recorrer, para ser um ato (uma tarefa, uma praxis social) metodológico que se problematiza na busca do “melhor resultado” (em termos comparativos e não superlativo) resultante da dinâmica de sua própria realização a cada caso concreto individual e reafirmando a sua inserção como instrumento formador e conformador do sistema jurídico.

Nestes termos, pode-se dizer que o pensamento jurídico acabou por recuperar o “concreto”, que vai à essencial vocação do direito, depois que o positivismo jurídico e legalista, fechado em seu normativismo analítico-dedutivo, pôde pensar que ajuizava e decidia juridicamente limitando-se a interpretar/conhecer a lei e o seu sistema. É como se somente agora estivéssemos em condições de entender verdadeiramente as palavras de Ihering: “O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito(...)”.

Não parece difícil entrever neste novo panorama teórico e metodológico da interpretação jurídica a importância do paradigma aristotélico da *phronesis* (recuperado por Gadamer) como modelo da racionalidade jurídica e indispensável para aplicar a idéia do justo em situações de incerteza e conflito, ou seja, de tragédia estrutural da ação humana. De fato Gadamer (1997 e 2000), ao tratar da “atualidade hermenêutica de Aristóteles” a propósito da “recuperação do problema hermenêutico fundamental” (o da “*aplicação*”), busca na noção aristotélica de “*phronesis*” – que Aristóteles analisa no livro VI da *Ética a Nicômaco* – a elucidação da tese hermenêutica fundamental de que toda a compreensão coenvolve sempre e em todo momento aplicação (naturalmente que Gadamer reconhece que Aristóteles não se ocupa aí do problema hermenêutico, mas da avaliação do papel que a razão desempenha na ação moral).

E porque, por definição, um enunciado normativo não pode, por si mesmo, oferecer uma resposta unívoca às demandas objeto de controvérsia (já que a vida produz, em realidade, muito mais problemas jurídicos que os que ao legislador foi possível prever), aqui entra em cena, com toda evidência, o caráter razoável – no sentido dado por Aristóteles no Livro III da *Ética a Nicômaco* – do direito: razoável há de ser a conexão entre a norma e as exigências contingentes do caso; razoável, a valoração e a eleição entre as diferentes alternativas que tem que realizar o intérprete no jogo combinado de passos lógicos e de avaliações em que consiste seu procedimento. Razoável, por último – inclusive no sentido de uma argumentação que contenha “boas razões” para que a decisão seja admitida –, tem que ser a justificação judicial das eleições em que se fundamenta a decisão, a qual, nesta condição, não somente deve viabilizar um efetivo equilíbrio entre exigências contrapostas como, e muito particularmente, lograr uma maior aceitabilidade e consenso por parte da comunidade na qual se insere.

Nesse sentido, determinados critérios de razoabilidade do sistema jurídico, do ordenamento normativo e de suas partes, e do conjunto de ações a que se refere o direito não podem senão intervir como princípios ordenadores da argumentação jurídica, tanto no momento da decisão como no de sua justificação. É algo profundamente arraigado na idéia mesma de administração da justiça que a jurisdição transforme razoavelmente as normas em decisões equilibradas e adequadas ao caso decidendo. O mesmo princípio fundamental do “livre convencimento” do juiz, se não pretende terminar em arbítrio subjetivo do intérprete, tem que submeter-se às regras de razoabilidade e ao peso de uma adequada motivação.

Por ele, a razoabilidade se converte, ao mesmo tempo, em requisito subjetivo do juiz-intérprete e requisito objetivo do direito. Portanto, entre as distintas formas da razão há uma especificamente pertinente às operações dos operadores do direito, e essa forma específica está representada precisamente pela prudente razoabilidade: pelo fato de mover-se no campo prático, esta não pode fundar-se em uma necessidade lógica ou empírica estreita, senão em prudentes valorações argumentativas. A pretensão normativa dos textos jurídicos não se dirige tanto a uma compreensão – correta, reflexiva e que seja um fim em si mesmo – do texto enquanto tal, senão mais bem a um *atuar justo* ou *correto*. No âmbito do direito, a compreensão do texto se configura como um verdadeiro “atuar prático”.

Em resumo, a razoabilidade é a capacidade de medir-se com direitos e expectativas sociais governando a incerteza e a probabilidade próprias do mundo da razão prática, mantendo firmes, sem embargo, os fins da tendencial racionalidade do proceder interpretativo, assim como as normas, os princípios e os valores que correspondem à vida comunitária⁶. Por certo que entra aqui também o igualmente relevante compromisso do intérprete-aplicador de “pensar em conseqüências”, impondo-se o conhecimento, a ponderação e a responsabilidade pelos efeitos éticos e sociais de suas decisões a partir da *prognose* como componente ineludível da tarefa interpretativa. Vale dizer, da consideração, pelo intérprete, dos efeitos futuros da decisão (jurídica) que tomará diante do texto interpretado.

É que as decisões jurídicas, dependendo do grau que assumam no ordenamento jurídico, constituem inegável instrumento de estabilidade e alteração da realidade social, de modo que o intérprete tem indisfarçável “responsabilidade social” com a decisão jurídica que profere. Esta “responsabilidade social” nada mais é do que um componente da prudência e razoabilidade que deve iluminar todo o processo decisório, a fim de serem afastadas as decisões estapafúrdias, desconectadas do sistema jurídico e do contexto histórico-social em que são proferidas.

E o juiz, mais do que qualquer outro intérprete do direito, tem elevada à máxima potência essa exigência de prudência com o teor das suas decisões. O direito, como instância da realidade, tem inegável função de promover a estabilidade social. Sob este prisma, a *prognose* não somente influi diretamente sobre os efeitos que a decisão jurídica provocará no futuro senão que também

manifesta a prudência no ato de julgar, pois revela a preocupação do intérprete com as conseqüências futuras de uma decisão jurídica sobre a estabilidade do sistema jurídico e do corpo social. A pré-compreensão (dado passado) e a *prognose* (dado futuro) ocorrem rotineiramente no processo de interpretação jurídica. A “boa interpretação”, a interpretação “satisfatória”, entendida como a interpretação cujo componente de justiça não afeta a estabilidade social e a segurança jurídica, é aquela que considera de forma equilibrada estes dois aspectos no processo interpretativo (Cunha Pontes, 2000). Daí que os juízes têm um poder imenso em suas mãos, e suas decisões podem fazer enorme diferença para o bem estar social: julgar é acima de tudo uma responsabilidade ética motivada por um “agir correto”.

Vejamos agora em que consiste a coordenação na Ética acerca do ponto de vista de um “agir correto”, uma vez que no discurso jurídico (pelo menos nos sistemas jurídicos modernos, dotados de forte grau de institucionalização) ao problema do “agir correto” adere-se mais bem um agir ou atuar “conforme” aos dados do “sistema”. Por exemplo, Gadamer, ao explorar a idéia de “*phrónesis*”, coloca-se no terreno do neo-aristotelismo e compreende o juízo prático como um mero juízo de “contextualização”, de “assimilação” entre pauta geral e situação, quer dizer, como realizando uma *applicatio* – ou seja, procedendo à clarificação e concretização de conteúdos normativos pré-dados.

Pois bem, neste particular, muito embora a *phrónesis* seja um conceito essencial da ética socrática, não deixa de ser certo que Platão e Aristóteles têm importantes diferenças a respeito do mesmo: Platão lhe dá uma dignidade epistemológico-moral equivalente à *sophia*, enquanto que Aristóteles restaura o uso cotidiano de “*phrónesis*” na língua grega, “degradando” o conceito até convertê-lo em sabedoria prático-concreta.

Um *phrónimos*, de acordo com esta interpretação, seria um indivíduo que, ainda sem estar em posse da sabedoria (*sophía*) necessária para conhecer-se a si próprio e conseguir a *enkratéia* pelo mero recurso à autognose, sim teria ao menos o suficiente discernimento prático-concreto como para re-conhecer sua própria debilidade e ignorância e buscar-se um amarre externo e guarnecer-se conscientemente ao abrigo da tradição. Essa é a maneira como a filosofia moderna e a teoria do direito tendem a interpretar a *phrónesis* aristotélica: como mera *prudencia* mundana.

Mas resulta inverossímil que essa reconstrução conceitual faça justiça a linhagem socrático do Estagirita: na versão aristotélica, somente o *enkratés*, a pessoa que logra impor-se a si própria suas metapreferências, a pessoa que, sendo amiga de si mesma, não se contradiz no silogismo prático e que é capaz de eleger seus desejos e resolver seus conflitos interiores, possui *phrónesis*, prudência, sabedoria moral prática, conhecimento concreto de si e de sua circunstância.

Por outro lado, para Aristóteles – e isto marca outra diferença com relação ao pensamento platônico da felicidade do homem virtuoso em qualquer circunstância –, ser *enkratés* é uma condição necessária para ser livre, feliz e prudente, mas não suficiente. O bom controle sobre si mesmo, o ser sábio e senhor de si mesmo (precisamente para satisfazer o imperativo do oráculo, por se conhecer a si próprio), a “força interior” (uma possível tradução de *enkratéia*) ou a liberdade respeito dos próprios impulsos, em uma palavra: a capacidade de superar os obstáculos internos, é imprescindível para ser prudente, feliz e livre (no sentido de que nenhum obstáculo interno frustra sua vontade), mas também o é um entorno que não levante diques externos à realização da firme vontade do *enkratés* (palavra que designava em grego coloquial a quem tinha poder ou capacidade de uma firme e virtuosa disposição sobre algo).

Assim que se é certo que na doutrina da “*phrónesis*” se dá a coordenação de um geral e de um particular (tal como na hermenêutica, e daí o papel central da “*applicatio*” e o “caráter exemplar” da hermenêutica jurídica, onde se coordena *norma* e *situação*), não menos correta e fundamental é a constatação de que a prudência, por ser uma virtude – uma disposição ou capacidade, acompanhada da razão, de atuar na esfera do que é bom ou mal para o ser humano –, pressupõe

a *enkratéia*.

E entendida assim, a prudência no ato de julgar exige, antes de tudo, um juiz *enkrático* que, por dizê-lo com o apóstolo dos gentios, conhece-se muito bem a si mesmo, que entende o que faz e faz o que verdadeiramente lhe parece virtuoso e justo; isto é, de um juiz que, afrontando de forma virtuosa os adversos retos racionais, os problemas emocionais, os fatores ou resíduos de irracionalidade e as eventuais restrições informativas exteriores desenhadas para perturbar a realização de suas firmes convicções, desejos e juízos, não ceda ante nenhuma outra coisa senão somente ante a força da virtude moral e da sensatez.

Em palavras mais simples, de um juiz cuja atividade deve estar permeada pela virtuosa pretensão de que suas decisões sejam moralmente corretas e justas⁷; a ela (atividade) corresponde a intenção e o dever moral e jurídico de decidir corretamente, de que embora necessário, não é suficiente para resolver um problema jurídico a simples amostra ou demonstração de uma *prudencia* mundana ou o acomodado recurso à determinados artifícios legais e/ou metodológicos. A prudência do juiz não é outra coisa que a manifestação de sua dignidade e de seu caráter virtuoso, comprometido que deve estar, eticamente, com o desenho de um modelo sócio-institucional livre, justo e solidário que permita a cada cidadão, frente a qualquer interesse espúrio do Estado ou de qualquer outro agente social, viver com o outro na busca de uma humanidade comum.

Agora: é possível encontrar um operador do direito – e nomeadamente um juiz – com tais qualidades e virtudes? Parece que sim, desde que se abandone o “filisteísmo” que por vezes tem caracterizado a postura daqueles que exercem a atividade jurisdicional. E o que vem a ser isso? Ah! Pois é um conceito muito marxista. É um conceito que, a diferença dos muito apodrecidos de “modo de produção”, “sobreestrutura” ou “hegemonia”, tem a vantagem acrescida de que não se revelou propício até agora aos jogos escolásticos de palavras a que tão aficionados se mostraram os acadêmicos “marxistas” ou, já que estamos, os profissionais da coisa⁸.

Mas, o que é um filisteu? Filisteu é quem se nega ou se resiste a valorar as coisas, qualquer coisa, por si mesmas. Filisteu é quem não admite, por exemplo, que se possa desejar conhecer algo pelo valor mesmo de conhecê-lo, pelo mero gosto de satisfazer a curiosidade, a qual, como disse Aristóteles – o pai do antifilisteísmo filosófico— é o começo de todo saber. O filisteu sustenta, ou – na maioria das vezes — atua como se sustentara que somente é desejável o conhecimento que serve para algo (para ganhar dinheiro ou prestígio, para ser famoso, para escalar na hierarquia acadêmica ou judiciária, para lograr uma tecnologia útil, para fazer uma revolução, para conquistar a admiração de alguém, etc.). Filisteu é, em geral, quem se nega a reconhecer que possa haver ações humanas com valor por si mesmas, qualquer que seja o resultado delas. Para a triste vida do filisteu, esta se reduz a um imenso repertório de instrumentos, de meios e cadeias inteiras de meios postos ao serviço de algum fim, normalmente heterônomo.

Pois bem: um juiz que aspire desfrutar das virtudes a que me referia antes deve, antes de tudo, cultivar um antifilisteísmo extremista, que não se conforma com declarar que há algumas coisas que devem buscar-se ou fazer-se por si mesmas, por seu valor intrínseco, senão que se indigna e invilece a converter quase qualquer meio ou instrumento legal em fim. Dito de modo mais específico, de um juiz que assuma o compromisso ético de admitir que a legislação existente deve ser concebida como mero instrumento de construção social, que representa em numerosos casos valores humanos justos e que, interpretada de forma adequada, permite realizar e efetuar por meio dela câmbios para o bem dos homens.

De um magistrado que haja optado por uma perspectiva pragmática, instrumental e dinâmica do direito, a considerar este (o direito) como um intento, uma técnica, para a solução de determinados problemas práticos relativos à conduta em interferência intersubjetiva dos indivíduos, ou seja, do direito como argumentação, como uma prática discursiva que tem a vida (os vínculos sociais

relacionais) por objeto, a prudência e a norma por meio e a justiça e a segurança por fim. Que entenda não somente que a “justiça plena” é impossível – porque a sociedade é um acordo desconfortável entre indivíduos com interesses conflitantes, antes de ser algo projetado diretamente pela “racionalidade” humana –, senão que também seja capaz de compreender que os tribunais são formados por indivíduos tendencial, prioritária e igualmente egoístas e não por santos que só trabalham para o bem comum: os operadores do direito, por vezes, não passam de uma ferramenta de interesses grupais e de burocratas que maximizam o discurso da justiça para aumentar seu poder e sua recompensa, à custa dos demais. Que não é uma máquina neutra e sem motivos próprios de produzir benefícios sociais, mas um homem comum, um primata que têm que lidar com as pessoas tais como são, limitadamente desiguais em talento, ambição e em suas motivações, mas cada qual uma mistura de bondade e de maldade na composição de seu caráter.

Enfim, de um magistrado cujo objetivo deve ser sempre o de intentar criar a visão de uma sociedade donde impere a justiça; de criar discursos jurídicos humanistas baseados, na medida do possível, em uma concepção humanista e firme da essência humana, ou da natureza humana, que dizer, de intentar estabelecer as conexões entre um conceito da natureza humana que dê lugar à liberdade, a dignidade, a criatividade e outras características humanas fundamentais, e uma noção de estrutura social donde estas propriedades possam realizar-se e a vida humana adquira um sentido pleno.

Em síntese, de um juiz que seja capaz de entender, entre outras coisas: 1. que há certo tipo de fundamento absoluto que em última instância reside nas qualidades humanas fundamentais, sobre as que se baseia um conceito “real” de justiça; 2. que é muito apressado qualificar nossos sistemas de justiça atuais como meros sistemas de opressão de classe, senão que expressam sistemas de opressão de classe e elementos de outros tipos de opressão, mas também uma busca óbvia e constante de conceitos verdadeiramente humanos e valiosos de justiça, decência, amor, bondade e compaixão, que são reais; e 3. que a busca da justiça deve ser uma tarefa que se valora por si mesma, independentemente de suas conseqüências práticas ou benefícios pessoais (uma atividade que compensa por si mesma a quem a realiza e que, por isso mesmo, proporciona inestimáveis retribuições internas). Afinal, o que dá sentido ao Direito não pode ser outra coisa que a aspiração à justiça ou, para dizer em termos mais modestos e mais realistas: a luta contra toda e qualquer forma de injustiça.

É precisamente nesse contexto que a exigência de virtude passa a ser a condição existencialmente fundamental – e a condição decisiva – da tarefa (pessoal e institucional) do magistrado. Que o juiz não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, que no exercício de sua função não abdique nunca do seu mesmo dever comunitário e que, na mesma medida, não aceite degradar-se à mera função burocrática que “analisa processos”, reduzindo-se a um mero instrumento público pronto para homologar e dar execução a todo e qualquer ditame do poder. De um juiz que se assuma autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele: o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e dessa forma não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido.

O direito somente concorrerá para a epifania do ser humano se os magistrados lograrem pessoal, cultural e institucionalmente a virtude desse compromisso ético: de um operador do direito que incentive e priorize a implicação do direito com uma postura republicana e democrática do Estado e, portanto, que se distancie da paroquiana concepção de sacerdote da dogmática, travestido do manto da infalibilidade jurídica e autoinvestido da suposta virtude que faz com que funcionem como *“les bouches qui prononcent les paroles de la loi”* (Montesquieu). (Castanheira Neves, 1995).

Estes são os tipos de ações em que a típica relação meios-fins com que se soe descrever a ação humana não vige: uma atividade autotélica – portanto, livre e voluntária, e não *dissimulada por interesses de outra ordem* ou *forçada por uma posição institucional* -que traz a recompensa em si

mesma, nos próprios meios ou no processo de sua execução. E isso implica, depois de tudo, que a tarefa interpretativa do magistrado deve radicar, *ultima ratio*, no dever autotético de atuar o direito em razão da pessoa e para a pessoa humana, no sentido de oferecer soluções a problemas práticos, delimitando (mais do que compondo conflitos) por uma via civilizatoriamente conflitiva os campos em que os interesses individuais, sempre a partir das reações do outro, possam ser válida, legítima e socialmente exercidos, isto é, no dever de assegurar e promover a liberdade e a igualdade necessárias para que os indivíduos possam, como partes interessadas e na qualidade de sujeitos destinatários de um ato imperativo do Estado (acórdãos, sentenças, etc.), dispor de plena capacidade para participar legitimamente de sua formação por meio de eficazes critérios metodológicos de controle, a fim de evitar que o abuso de autoridade, o eventual filisteísmo, o subjetismo desregrado ou a falta de correção moral por parte do operador do direito rompa os limites que asseguram o âmbito prático da decisão (da interpretação e da aplicação) justa.

Depois, talvez seja útil recordar que no processo de realização do direito se apresenta ainda ao operador do direito um importante problema de responsabilidade ao garantir ou, melhor dito, ao estabelecer, a coerência intrínseca do sistema jurídico. Ao magistrado se lhe confia a tarefa específica de combater ou ao menos minimizar a contraditoriedade intrínseca do sistema jurídico, particularmente a de reconstruir e contextualizar a hierarquia dos valores e princípios constitucionais, que não se pode considerar como dada e adquirida de uma vez por todas. O sentido de uma norma jurídica se converte, por meio do sujeito-intérprete, em expressão de relações mantidas com a prática, de uma capacidade de relação com os dados extralinguísticos e com o contexto de experiência⁹, que em cada novo caso tem que ser renovada e dinamicamente reconstruída, mas sempre com o fim de compor em um todo coerente normas, princípios e valores diferentes e, portanto, de detectar, de forma prudente e responsável, na pluralidade de hipóteses interpretativas e soluções alternativas possíveis¹⁰, a solução legítima, mais satisfatória e com maior capacidade de consenso.

Daí que, por onde se vê, porque julgar exige um transitar em um espaço de jogo entre vínculo (limites) e liberdade (discricionariedade), um singular entendimento dos indivíduos (do conjunto de suas crenças, desejos e ações) e das coisas do mundo, bom senso e, acima de tudo, caráter virtuoso, não resulta, definitivamente, nada fácil “ser prudente” na tarefa de interpretar e aplicar o direito de forma antifilisteísta, racional e razoável, enfim, justa.

NOTAS DE RODAPÉ CONVERTIDAS

1 Nesse sentido, entendemos que o direito não é mais nem menos que uma estratégia sócio-adaptativa – cada vez mais complexa, mas sempre notavelmente deficiente – empregada para articular argumentativamente – de fato, nem sempre com justiça –, por meio de atos que são qualificados como “valiosos”, os vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os humanos construímos sistemas aprovados de interação e estrutura social. Um artefato cultural que deve ser manipulado para desenhar um modelo normativo e institucional que evite, em um entorno social prenhado de assimetrias e desigualdades, a dominação e a interferência arbitrária recíprocas, garantindo uma certa igualdade material e, em último termo, estimulando e assegurando a titularidade e o exercício de direitos (e o cumprimento de deveres) de todo ponto inalienáveis e que habilitam publicamente a existência dos cidadãos como indivíduos plenamente livres. (Atahualpa Fernandez, 2006).

2 É certo que o sujeito da juridicidade é o próprio homem enquanto sujeito de vínculos sociais relacionais e membro de uma determinada comunidade ética, mas esta não será suscetível de realizar-se como tal se o próprio projeto axiológico não lhe for explicitado e fundamentado criticamente. Se a comunidade subsiste na sua existência histórica, o projeto e a totalização axiológicos serão sempre uma intencionalidade criticamente valorativa e espiritual. E esta parece ser justamente a verdadeira função, papel e tarefa que cabe ao operador jurídico: a de assumir criticamente a idéia do Direito e de realizá-la concreta e historicamente em um determinado

contexto sócio-cultural, na explicitação constituinte do próprio Direito e do projeto axiológico que a sociedade a si mesma se põe, isto é, de uma atividade intermediada pelo iniludível manejo dos valores que articulam e animam as estruturas normativas, os fatos sociais e a própria idéia do Direito.

3 Com a devida atenção, pode-se observar que as decisões judiciais, nos estados modernos, raras vezes constituem decisões individuais; são, pelo contrário, decisões coletivas elaboradas em diversas etapas, temporal e hierarquicamente reguladas. A decisão de um caso é, ainda quando intervenha um juiz único, uma decisão grupal, pois as partes no litígio contribuem de uma ou outra maneira à adoção da legislação que seja, em mérito às preferências que efetivamente exercem. Um juiz, por exemplo, mal poderia ter por provado um fato que a parte interessada tenha evitado acreditar, decisão da parte que condiciona a decisão judicial final. Tratando-se de órgãos coletivos – como os tribunais colegiados –, as decisões judiciais têm de ser pensadas como o resultado de uma função coletiva de preferência, uma função determinante da decisão social ou coletiva que, como se sabe, deve satisfazer certos pré-requisitos específicos para poder ser considerada uma decisão racional e não um mero ato arbitrário de poder. Por outro lado, e atentas às observações que antecedem, resulta igualmente claro o diálogo que o juiz competente para julgar a questão tem também de manter com o legislador e com as demais instâncias de constituição de critérios jurídicos suscetíveis de serem mobilizados para o caso decidendo, mesmo que este segundo grupo de interlocutores não passe de um “opositor silencioso” e se saiba hoje que está aqui muito mais em causa o encontro do juiz com o critério tomado na sua objetividade, do que a hipotética discussão entre aquela personagem e a personalidade ou o órgão instituidor do bordão que concretamente se lhe oferece.

4 A distinção entre estas espécies de norma jurídica (gênero) já está deveras consolidada: Dworkin, 1989; J. J. Gomes Canotilho, 1992; Esser, 1961; e Alexy, 1998 e 1997. E embora não se trate de oferecer aqui uma teoria acerca das regras, valores e princípios jurídicos, bastará por notar que, segundo Alexy (1997), *os princípios são mandatos de otimização*, que pertencem ao âmbito deontológico, enquanto que os valores estão incluídos em uma dimensão axiológica: o que no modelo dos valores é o melhor, no modelo dos princípios, é o *devido*. Por outro lado, sabe-se que o direito existente não está composto exclusivamente por “regras” (no sentido de Hart, 1998), mas também por “princípios” e, para o que aqui nos interessa, a distinção essencial parece ser a seguinte: as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, nos dizem como devemos, não devemos, ou podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas regras mesmas; os princípios, diretamente, não nos dizem nada a este respeito, mas nos proporcionam critérios para tomar posição ante situações concretas mas que *a priori* aparecem indeterminadas. Os princípios geram atitudes favoráveis ou contrárias, de adesão e apoio ou de dissenso e repulsa a tudo o que pode estar implicado em sua salvaguarda em cada caso concreto. E uma vez que carecem de “suposto de fato”, aos princípios, em maior grau do que sucede com as regras, somente se lhes pode atribuir algum significado operativo fazendo-lhes “reacionar” ante algum caso concreto – ou seja, de forma muito mais acentuada que as regras, seu significado não pode determinar-se em abstrato, senão somente nos casos concretos, e somente nos casos concretos se pode entender seu alcance (Zagrebelsky, 1995). Em resolução, aos “princípios” falta a determinabilidade dos casos de aplicação e apresentam uma dimensão que as “regras” não têm: uma dimensão de peso ou importância, que se revela a propósito do seu modo específico de colisão. Depois, os “princípios” não são hierarquizáveis em abstrato, conseguindo cada um a prevalência face ao outro à luz das razões determinantes do caso concreto ou de determinado círculo (hermenêutico) problemático. Por fim, note-se que na céebre teoria do desenvolvimento moral de Kohlberg, a disposição para desconsiderar regras em favor de princípios abstratos foi identificada como um “estágio superior”: o qual, talvez reveladoramente, a maioria das pessoas (e os operadores do direito em particular) nunca alcança.

5 A questão da iniludibilidade da presença da pré-compreensão pode ser ilustrada da seguinte maneira: Como pode um juiz decidir, sem prejuízo, um caso completamente desconhecido para

ele? Como pode fazê-lo? É possível que desconheça este caso concreto; mas se desconhece também tais casos, em que direção há de praticar provas e interpretar a lei, se ele não tem idéia alguma acerca do que este trata? Como haveria de emitir um juízo justo, se não pudesse comparar este caso com os outros muitos casos de que já tem notícia (princípio de igualdade)? Criar direito é um reconhecimento de algo em certa forma conhecido com antecipação; não significa ingressar em terreno desconhecido. O juiz que não é consciente de seu prejuízo é, em realidade, o juiz mais dependente, acrático e ignorante. Tão-somente o prejuízo, a pré-compreensão, mostra-lhe o que tem de interpretar na norma e o que há de qualificar normativamente no caso. Do contrário teria de proceder na incerteza, no desconhecido. Dois atos separados dessa maneira, um, a norma legal abstrata, o outro, o caso amorfo, não produzem direito algum, nem cada um por separado nem ambos ao mesmo tempo (Kaufmann, 1999). Logo, todo aquele que deseje compreender um sentido traz necessariamente sua pré-compreensão (condição de possibilidade da compreensão dos fenômenos do mundo e que deve ser revisada sempre mediante novos atos do conhecimento) e com ele sobretudo também introduz sua evidência no processo de compreensão; uma compreensão semelhante não é empiricamente objetivável, mas tampouco subjetiva: é mais bem constantemente *subjetiva-objetiva ao mesmo tempo*. Daí que todo intento de separar, nomeadamente nas ciências compreensivas, a racionalidade da personalidade que compreende está fatal e tragicamente condenada ao fracasso: a imagem do juiz inteiramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, passa por alto da realidade. Nas palavras de Kirschmann: “A verdade espera em vão a um investigador sem prejuízos”.

6 Neste âmbito pode situar-se, na linha de Ricoeur, a relação, dentro do direito, entre a argumentação, na qual predomina fundamentalmente a lógica do provável, da capacidade organizadora da razão, e a interpretação, na qual prevalece a força inovadora da imaginação na produção mesma dos argumentos. Quando o juiz, concluindo o procedimento judicial, toma uma decisão, a “correção” e a “responsabilidade” de seu comportamento resultam de uma mediação incessante entre os dois polos: o da argumentação lógica e o da invenção interpretativa. O primeiro assume de maneira predominante a função da justificação racional; o segundo, a da busca do significado. A identidade mesma do sujeito-intérprete se encontra então no cruzamento entre “trama lógica e trama inventiva”. Em resumo, argumentar significa invocar razões para justificar enfoques de interpretação e decisões jurídicas: argumentação e interpretação configuram operações e dimensões diferentes, mas que se entrelaçam e se conectam reciprocamente, demonstrando sua fundamental finitude, e estão portanto “condenadas” a ser complementárias, a estar incorporadas uma na outra.

7 A dimensão jurídica remete à dimensão moral, que por sua vez remete a uma dimensão antropológica: do sujeito de direito que se caracteriza por sua relação dialógica com os demais, mais concretamente na idéia de um ser humano desenhado para a cooperação, o diálogo e a argumentação e que, em seu “existir com” e situado em um determinado horizonte histórico-existencial, reclama continuamente aos outros, cuja alteridade interioriza, que justifiquem a legitimidade de suas eleições aportando as razões que as subjacem e as motivam. Nesse sentido, a instituição judicial com seus objetivos a longo prazo – contribuir para a paz social e fortalecer a sociedade como uma empresa comum de cooperação – e a curto prazo – por termo ao conflito com a decisão – institucionaliza, encarnando-a no juiz – que é a condição institucional da imparcialidade do juízo e a quem cabe pronunciar “a última palavra” respeito dessa estrutura fundamental da existência humana que é o conflito –, a relação com o outro e a dimensão dialógica da experiência ética em que se expressa a aspiração de viver sob o manto de instituições justas.

8 Nas palavras de Antoni Doménech (2006): “Yo no sé de ningún estudio que haya procedido a un escrutinio informático de las obras completas de Marx y Engels, pero si algún día se lleva a cabo, apuesto a que, al menos en los 10 gruesos volúmenes de su correspondencia, la palabra “filisteísmo” –y otras claramente coextensivas, como *spiessbürgerlich*, que ha veces se traduce no tanto inocentemente como “pequeno burgués”— será una de las que registre más entradas”.

9 A norma não pode prescindir do caso concreto, que a enriquece e lhe dá maior determinação. Isto significa descentralizar o núcleo da análise de um direito concebido como algo precedentemente constituído e já dado ao sujeito que deve redeterminar e descobrir o direito, quer dizer, o sujeito que através de seus argumentos há de convencer a um auditório. A norma não pode conhecer-se senão em situações particulares, desenvolvida e precisada pela riqueza inesgotável dos fatos: por isso as teses de Alexy sobre a formalidade e a índole processual do procedimento de justificação, que formaliza e submete a normas o discurso prático, sem dúvida perseguem o intento, em si louvável e digno de mérito, de garantir a correção da argumentação jurídica, mas ao mesmo tempo correm o risco de resultar incompletas e abstratas por não ter em conta a concretização aplicativa das normas.

10 Sobre esta questão, as mais acreditadas dentre as teorias da argumentação jurídica se movem em um espaço intermédio que transita desde o “ultra-racionalismo” de um Dworkin – cujo juiz Hércules faz gala de uma invejável confiança na capacidade de sua razão – até o “irracionalismo” de um Ross, se merece tachar-se de irracionalista sua realista chamada de atenção sobre o fato de que as decisões jurídicas, ao igual que sucederia com qualquer outro gênero de decisão, dependem da vontade do sujeito das mesmas – neste caso, o juiz – ao menos tanto como de sua razão. E porque as razões e as soluções jurídicas “costumam sair a passear” – como alguma vez se disse – “por casal”, quando não por grupo ou manada, parece razoável supor que, sobre a delicada questão da tarefa de produzir, interpretar e aplicar o direito, a melhor alternativa seja a de adotar uma perspectiva mais realista sobre a psicologia (e a racionalidade) humana e comprometida com os estudos que se efetuam em outros campos do conhecimento humano distintos ao direito, como a ciência cognitiva, a genética do comportamento, a neurociência cognitiva, a primatologia e a psicologia evolucionista, entre outras destinadas a aportar uma explicação científica da mente e da natureza humana. (Atahualpa Fernandez, 2006).

REFERÊNCIAS

Aarnio, A. (1995). *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México, Fontamara.

___ (1991) *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (C.E.C.).

Alexy, Robert (1998). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, C.E.C.

___ (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, C.E.C..

___ (1998). *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara.

Alexy, R. & Peczenick, A. (1990). “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, *Ratio Juri*, 1 bis, 3: 130-147.

Arnhart, L. (1998). *Darwinian Natural Right. The biological ethics of human nature*. New York: State University of New York Press.

Aristóteles (1999). *Ética a Nicómaco*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (C.E.P.C.), edición bilingüe.

___ (1985). *Ética Nicomáquea y Ética Eufemia*, Madrid, Grecos.

___ (1997). *Política*, Madrid, C.E.P.C., edición bilingüe.

Atienza, M. (1993). *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, C.E.C.

___ (2003). *El sentido del Derecho*, Barcelona: Editorial Ariel.

Aubenque, P. (1986). *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF.

Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel.

___ (1997). *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, México, Fontamara.

Calvo González, J. (1992). *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, Ariel.

Camargo, Margarida M.L.(2001). *Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, RJ-SP, Renovar.

Canotilho, J.J. Gomes (1992). *Direito Constitucional*, 5ª. ed., Coimbra, Almedina.

Carbonnier, J.(1974). *Derecho Flexible*. Madrid.Tecnos.

Castanheira Neves, A.(1993). *Metodologia Jurídica.Problemas Fundamentais*,Coimbra, Universidade de Coimbra, Coimbra Ed..

___ (1995). *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I e II, Coimbra, Coimbra Ed..

___ (2003). *O actual problema metodológico da interpretação jurídico- I*.Coimbra: Coimbra Editora.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

___(1993). *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós.

___(1996). "Do Liberty and Equality Conflict", in BAKER, Paul (ed.), *Living as Equals*, New York, Oxford University Press.

___(1996). *La comunidad liberal*, Santafé de Bogotá, Facultad de Derecho Univ. de los Andes.

___(2000). *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge,MA, Havard University Press.

Esser, Josef (1983). *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individualizzazione de diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane.

___(1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch.

Ferrajoli,L.(1966). "Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, 1, 290-304.

Ferraris, M. (1988). *Storia dell'ermeneutica*, Milano, Bompiani.

Fernandez, A. (2006). *Argumentação Jurídica e Hermenêutica*, Campinas: Impactus.

Gadamer, (1997), Hans-Georg, *Verdad y metodo*, Salamanca, Ed. Sígueme, 2 vols..

- ___(2000). *El problema de la conciencia histórica*, Madrid, Tecnos.
- Gianformaggio, L. (1986). *Ética e diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- ___(1988). "Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazione su un tema di MacCormick", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Milano, Giuffrè.
- Guariglia, O.(1997). *La Ética en Aristóteles o la moral de la Virtud*, Buenos Aires, Eudeba.
- Hart, H. L. A.(1998). *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hart, H.A.L . y Dworkin, R.(1999). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- Kaufmann, Arthur(1998). *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*, Santafé de Bogotá, Temis.
- ___(1999). *Filosofía del Derecho*, Bogotá , Univ. Externado de Colombia.
- ___(2000) *Derecho, Moral e historicidad* , Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- ___ (2000). *Las razones del derecho natural* , Buenos Aires, Depalma, 2000.
- Kaufmann,A. e Hassemer,W. (2002) .*Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas*, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian.
- López Moreno,A. (1999). "La idea de 'mescla adecuada' en el proceso de aplicación e interpretación del derecho", *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho* ,Madrid, Colex.
- Maccormick, N.(1978). *Legal Reasoning and Legal Theory* , Oxford, Oxford University Press.
- Maccormick, N. & Weinberger, O.(1990). *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè.
- Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1997). *Ser- Verdad- Acción*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1999). *Diálogo en Leticia*, Barcelona, Gedisa.
- ___ (1988). *Problemas de la ética*, Barcelona, Crítica.
- ___ (1992). *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- Van Parijs, P.(1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel.
- ___ (1981). *Evolutionary Explanation in Social Sciences*, London, Tavistock.
- Zaccaria,G.(1990). *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporânea*, Padova, Cedam.
- ___ (1984). *Ermeneutica e giurisprudenza.Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè.

___ (1994). *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans-Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè.

Zaccaria, G. e Viola, F. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, Laterza.

Zagrebelski, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta.

[Atahualpa Fernandez](mailto:atahualpaf@yahoo.es) - atahualpaf@yahoo.es